首都师范大学学报(社会科学版)
Journal of Capital Normal University
(Social Sciences Edition)
2017 年第 2 期 (总第 235 期)
法学研究

以审判为中心
诉讼制度改革下庭审质证的完善

胡 萌

摘 要: 在以侦查为中心的诉讼构造中,庭审功能被弱化,证据得不到有效的质证,往往成为冤假错案不断的司法之殇。而在当下以审判为中心的诉讼制度改革中,如果能够实现审判阶段在诉讼三阶段的中心位置,却不改变原有的案卷中心主义的庭审模式,那么以审判为中心的改革的意义就会变得虚无。因此,在审判中心指向下的庭审改革中,应对证据的质证环节给予更多的关注。可以说,庭审质证的完善是实现以审判为中心的诉讼制度改革的重要内容,是庭审实质化的必然要求,有利于减少冤假错案的发生,促进司法公正的实现。为此,我们须从司法权力运作机制和质证规则的完善对现有诉讼制度进行思考。

关键词: 审判中心主义;庭审实质化;质证规则;言词审理
中图分类号:D925.11 **文献标识码:**A **文章编号:**1004-9142(2017)02-0076-07

引 言

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)提出:"推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。全面贯彻证据裁判规则,严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据,完善证人、鉴定人出庭制度,保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定作用。"以审判为中心的诉讼制度改革,是在遵循司法规律的基础上提出的,突出了庭审的核心地位,体现了对诉讼制度的理性认识。这也意味着,在当前刑事司法系统中,迫切需要不同主体之间一种理性的自我区分机制的建构。同时,最高人民法院为了拓宽司法公开的广度和深度,借助新媒体进行庭审直播,推行一种"可视化的正义"。这一举措将庭审推广到公众视野,相比于案件案情,受到公众检视更多的是审判流程的合法性与正当性。公众对庭审直播的关注程度越高,对司法程序不公或瑕疵的容忍程度也就越低,庭审过程的实质化也因而

收稿日期:2016-11-19
作者简介:胡萌,女,山东枣庄人,华东政法大学司法学研究院助理研究员,法学博士。(上海 201620)

被推到司法改革的风口浪尖，面临着现代社会对司法体制更高程度的检阅。其中，庭审质证是对证据进行调查辩论从而查明事实的重要环节，承载着重要的庭审功能，在当下以审判为中心的诉讼制度改革中，对庭审质证的完善势在必行，刻不容缓。

一、庭审质证的强化是审判中心指向的必然要求

（一）审判中心指向下的庭审功能

以审判为中心的诉讼构造是对长期以来的以侦查为中心的诉讼构造的破除和矫正。在以侦查为中心的诉讼构造中，审判结果在侦查阶段就可见端倪，法庭的庭审被虚化。正如有学者所言，“检察机关的起诉和法院的法庭审判，主要依据侦查收集的证据和形成的卷宗，实际成为对侦查结论的确认和维护”。① 而从以侦查为中心到以审判为中心的格局变迁，必然引起司法证明模式由单线型证明模式向双线型证明模式的转化。在单线型证明模式中，只存在官方对个人的单向调查，从侦查机关到审判机关都是调查主体，被告人则是被调查的客体。而在双线性证明模式中，官方对司法证明过程的垄断被打破，被告人一方不再是被调查的客体，而是成为对事实真相进行证明的主体，证明过程呈双线竞争态势。② 同时，以审判为中心还强调将全部证据材料置于法庭之上，对证据进行调查辩论，对被告人的辩护权利予以充分保障，在控辩双方的对质之中辨明事实真相，从而作出最接近事实真相的判断。

在以审判为中心的诉讼构造中，公诉是审判的准备程序，而侦查是公诉的准备程序。德国著名刑事法学家克劳思·罗科信（Claus Roxin）曾对“以审判为中心”作如下阐释：“审判程序中才开始就被告的罪责之有无的问题做一最终、具法律效力确定之判断；所有的证据在此亦均需依言词辩论及直接原则、依严格证据之规则及在审判公开的监控下被提出。判决只得‘从审判程序中所获取者’才能作为依据；并且法定的审判原则只有在审判程序中才有如此广泛的运用；不论如何，审判程序在被告为争取获判无罪或获判轻微的处罚所从事的辩护中，均予被告极大的机会。”③美国著名证据法学家达马斯卡（Mirjan R. Damaska）也认为：“审判作为向法庭提供信息的阶段，其至关重要的地位远远超过其他程序阶段。无论是审判之前或之后的程序是什么，那些程序似乎只是辅助性的，其设置好像只是使其有助于审判的正常开展。”④

中国第六次刑事审判工作会议对庭审功能进行了阐明：“审判案件以庭审为中心，事实证据调查在法庭，定罪量刑辩论在法庭，裁判结果形成于法庭，全面落实直接言词原则，严格执行非法证据排除规则。”以审判为中心并非弱化审前程序，而是矫正对审前程序尤其是侦查程序的过分偏重，使被告人的刑事责任集中在审判阶段解决。⑤《决定》中提出案件事实证据要经得起法律的检验，而对事实证据的检验工作主要是在庭审中进行。为了使在法庭中出示的证据经得起庭审的检验，侦查机关应完成从“抓人破案”到“证据定案”的转型，保障证据来源的可靠性、合法性。⑥ 同时，检察机关在审查起诉时，应重点对侦查机关移交的证据资料的程序合法性进行审查，并对证据的真实性、相关性和实质性进行审查，发挥好证据过滤机制第一道防线的作用，为庭审质证作有效准备。

（二）质证环节承载着重要的庭审功能

德国刑事法学家托马斯·魏根特（Thomas Weigend）认为：“审判之所以在诉讼中居如此重要的地位，是因为在现代程序中，所有与判决有关的事项都要经过辩论，所有的证据都要在审判中

① 卞建林、谢澍：《以审判为中心：域外经验与本土构建》，《思想战线》2016 年第 4 期。
② 吴洪淇：《证据科学的走向：国际视野与中国语境》，《证据科学》2009 年第 4 期。
③ ［德］克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社 2003 年版，第 7 页。
④ ［美］达马斯卡：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 82 页。
⑤ 汪海燕：《论刑事庭审实质化》，《中国社会科学》2015 年第 12 期。
⑥ 最高人民法院曾对近年来发现并纠正的 12 起重大冤假错案（含无罪处理案件）进行剖析，发现有 9 起案件既缺少直接指向被告人作案的实物证据，又缺少指向性明确的言词证据，定案主要依靠口供，而口供又多自相矛盾或相互矛盾。参见沈德咏：《论以审判为中心的诉讼制度改革》，《中国法学》2015 年第 3 期。

提交，法庭的判决必须完全建立在审判的基础上。”[①]庭审是对侦查和审查起诉工作成果的检验，这一检验主要聚焦能够证明定罪量刑事实的证据，而质证规则是对这些证据进行检验的有效方式。质证是“在法庭审理过程中控辩或当事人双方在法官的主持下，采用询问、辨认、质疑、辩驳、核实等方式对证据的效力进行质辩的诉讼活动”[②]。庭审质证是判断案件事实证据是否经得起法律检验的有效方式；庭审质证的强化和完善，是以审判为中心诉讼制度改革的重要课题。

美国联邦最高法院大法官斯卡利亚曾说：“因为证言明显可信就省去对质的做法类似于因为被告明显有罪就省去陪审团审判。”[③]质证环节是控辩双方持各自证据进行唇枪舌战的诉讼阶段，是向法官兜售各自一方的“故事”的关键环节，这一环节决定了最终的判决走向，也因而承载了重要的庭审功能。首先，庭审质证同时肩负着惩罚犯罪和保障人权的诉讼使命。通过庭审质证辨明事实真相既是追诉犯罪的目标要求，也是对被告人进行公正审判、免于错误判决的基本权利保障。其次，庭审质证也关注对侦查、审查起诉工作的监督。尤其是对证据取得的合法性存疑时，对相关人员的质证是检验证据是否合法的重要措施。最后，庭审质证也是对程序公正的践行。而在长期的庭审实践中，作为传闻证据的庭外证言笔录的证据能力鲜有被否定的情形，直接审理和言词化的证据审查方式得不到贯彻，被告人的对质权也没有得到足够的制度和程序保障，庭审质证的有效性和庭审实质化自然难以得到实现。

二、中国“默读式审判”的制度痼疾

“默读式审判”是对法官证据审查方式和心证形成过程的描述。在“默读式审判”中，法官不是在庭审之中通过控辩双方的对质完成对证据效力的审查并形成心证，而是依赖庭前和庭后阅读检察机关移送的案卷材料对案件作出最终判决，甚至将案卷中的相关内容直接摘录至判决书中。[④] 这一审判方式明显违背认识活动和司法活动的规律，不利于事实真相的查明和公正判决的形成，也是对程序公正的践踏。在当前司法公开的“阳光行动”中，这种闭关操作式的审判方式仍然生存在制度痼疾所形成的阴影之中。

（一）证人出庭作证制度关卡重重

中国刑事诉讼的制度设计缺乏对程序正义价值的尊崇，更没有对被告人对质权的保障理念。《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）第58条规定了证人证言必须在法庭上经过控辩双方质证而且查证属实以后才能作为定案的根据，但是如果证人不出庭，现有立法规则就无法保障质证活动的开展。在关于证人、鉴定人出庭作证的规定实施数月后，根据《最高人民检察院关于1至4月全国检察机关侦查监督、公诉部门执行修改后刑诉法情况通报》（高检诉[2013]33号）显示，全国范围内证人出庭比例为0.12%，鉴定人出庭比例为0.04%。

中国《刑事诉讼法》第188条第1款规定：“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，人民法院认为证人有必要出庭的，证人应当出庭作证。”按照这一规定，证人出庭需要同时满足三项要件：（1）对证人证言有异议；（2）证人证言对案件定罪量刑有重大影响；（3）法官认为有必要。鉴定人出庭的条件与上述基本相同：“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对鉴定意见有异议，人民法院认为鉴定人有必要出庭作证的，鉴定人应当出庭。”因此，即使关键证言受到了质疑，证人是否出庭接受质询最终还取决于法官的裁决。证人出庭作证问题涉及到各诉讼主体之间的利益博弈：在“案多人少”、程序分流机制尚待完善的司法现状之下，法官的审判工作自然要追求诉讼效率，庭外证言笔录成为其最优选择；而检察官为了实现指控犯罪的目的，获得法院的认可，也便倾向于使用庭外证言笔录；辩护人自然希望不利证人能够出庭接受质证，以实现其实质辩护权；而证人为了趋利避害一般不愿意出庭

① 卞建林、谢澍：《以审判为中心：域外经验与本土构建》，《思想战线》2016年第4期。
② 陈光中：《证据法》，法律出版社2013年第2版，第292页。
③ 124 S. Ct. at 1371. 参见廖耘平：《对质权制度研究》，中国人民公安大学出版社2009年版，第340页。
④ 陈瑞华：《刑事诉讼的中国模式》，法律出版社2008年版，第109页。

作证。显然，在各主体的利益纷争之中，法官要凭借立法赋予的上述自由裁量权保障其审判工作的高效运转，往往成为阻碍证人出庭作证的重大关卡。

（二）侦查人员的证人身份名不符实

“我们试图证明的绝大多数事实确实存在于过去，但是，仍然有一些事实存在于证据调查之时。”[①]程序性事实即存在于证据调查之时，是在诉讼程序启动以后才发生的事实。中国《刑事诉讼法》第56条规定：“法庭审理过程中，审判人员认为可能存在本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的，应当对证据收集的合法性进行法庭调查。当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的，应当提供相关线索或者材料。”在司法实践中，法庭在审理过程中如果对侦查过程中的行为有疑问，或者辩方提出质疑，合议庭通常宣布休庭，如果认为不需要侦查人员出庭说明或侦查人员拒绝出庭，一般会通过检察院要求公安机关出具书面说明情况或直接通知公安机关出具。“一些办案情况说明恰恰是在法庭辩论后，办案法官发现证据存在问题，要求公诉机关提供的。审判机关通常不会因为办案情况说明而决定重新恢复法庭调查，以对其进行辩论、举证、质证、认证。事实上，人民法院在审理刑事案件时很少对办案情况说明进行质证，审判人员更倾向于将其看作是司法机关之间对案件情况的内部交流。”[②]由于情况说明天然可采，仅仅在法庭上宣读情况说明的内容，实为证人身份的相关办案人员不出庭作证，无法给予控辩双方质证的机会。情况说明本是侦查人员的“一家之言”，却有着“一家独大”的证据效力，剥夺了被告对质的权利，对于本就居于弱势地位的被告一方无异于雪上加霜。一不是法定证据种类，二没有经过当庭质证，构筑在此类证据上的“事实”是摇摇欲坠、岌岌可危的。

侦查人员的主体身份和立法对其收集证据程序的合法性要求，成为中国当前诉讼制度下允许采纳情况说明这一传闻证据的全部保障。然而，这两个因素对于保障证言的真实性和可采性是极为脆弱的。就其主体身份而言，作为国家机关的侦查机关在诉讼中主要行使调查犯罪的职能，而当对犯罪嫌疑人的权利保护成为其行使职能的障碍时，或者单纯为了破案的目标，就会存在侵犯犯罪嫌疑人权利的倾向性。至于收集证据的程序合法性，虽然中国刑事诉讼法律将对非法证据的审查提到了庭审之中，但由于作为关键证人的侦查人员出庭作证状况堪忧，情况说明作为书面证言再次掩盖了被告人的对质权。无论是对案件的审判，还是对证据收集程序合法性的审判，书面证言似乎成为侦查人员一张通关王牌，而被告人的对质权只能是一个传说。

（三）庭外调查核实权的异化行使

在中国职权主义的模式下，法官对案件事实证据存疑时有庭外调查核实的权力。[③] 但是，在司法实践中，这一权力常有异于权力设定原旨的操作。例如，法官对侦查人员制作的关于抓捕经过、取证行为合法、量刑情节等的情况说明存有疑问时，往往选择在庭外对侦查人员进行非正式的单方面调查核实，如电话询问、非正式会面。[④] 显然，这种单方面调查核实证据的方式属于“暗箱操作”，将本应诉讼化的问题以行政化的方式解决，辩方没有提出异议和质证的机会，无法保障情况说明的真实性，甚至有司法不公之嫌。试想，若是被告人或辩护人也制作一张情况说明作为对争议证据的回应，法院会赋予其天然可采性吗？在司法中立和抗辩平等对抗原则已然确立的司法环境下，在这一问题上，司法的天平没有保持其应有的平衡。司法实践中，由未出庭作证的侦查人员提交的书面说明被司法人员形象地称为证据“白条”，虽不具有法定证据形式，其证明力却胜似法

① ［美］米尔吉安·R. 达马斯卡：《比较法视野中的证据制度》，吴宏耀、魏晓娜等译，中国人民公安大学出版社2007年版，第58页。

② 李春刚、王 凯：《办案情况说明的证据学思考》，《证据科学》2009年第2期。

③ 根据中国《刑事诉讼法》第158条的规定，“人民法院在审理过程中，合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。人民法院调查核实证据，可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结”。

④ 陈瑞华：《刑事证据法学》，北京大学出版社2012年版，第199页。

定证据。[①]

作为公权力的庭外调查权应当有其行使的边界。例如,《最高人民法院关于执行 < 中华人民共和国刑事诉讼法 > 若干问题的解释》(以下简称《刑事诉讼法解释》)第 71 条规定:"据以定案的书证应当是原件。取得原件确有困难的,可以使用副本、复制件。书证有更改或者更改迹象不能作出合理解释,或者书证的副本、复制件不能反映原件及其内容的,不得作为定案的根据"。书证有更改或者更改迹象往往构成对书证内容真实性的质疑,无论是控方或者辩方想要对此作出合理解释,正确的方式应当是申请相关人员出庭作证,由双方对此进行质证,而不是法官亲自进行庭外调查核实。对于直接涉及证据内容真伪的证明对于案件事实的证明有重要影响,在没有具体的法律规则对此进行规定的情况下,法官应当以程序正当性和基本权利保障为原则,对证据的审查程序进行合乎理性的主导和安排。

除了上述"默读式审判"的制度痼疾,中国刑事诉讼法中关于庭后案卷移送制度的规定更是"默读式审判"形成的直接推手。庭后案卷移送制度为法官的"默读审判"提供了便利,却向被告人关上了程序公正和司法公开的大门。

三、言词化的证据审查模式的构建

在大陆法系国家,直接言词原则是重要的审理原则。所谓直接审理原则,一是要求检察官、被告人及其他诉讼参与人都要亲自到庭参加庭审,二是要求审理案件的法官亲自参与法庭调查和采纳证据。[②] 言词审理原则是指法庭审判活动应以言词陈述的方式进行,证据材料的提出也应以言词陈述的方式进行。[③] 而要建立起言词化的证据审查模式,在积极方面要对被告人的对质权这一基本诉讼权利予以保障,同时在消极方面应限制庭外证言笔录的证据效力。

(一)保障被告人面对和质询不利证人的权利

对质权是被告人获得公正审判的基本权利,在有些国家甚至是重要的宪法性权利,也是其作为诉讼主体的重要表征之一。在任何法治化的国家,保障被告人面对不利证人并与其对质,是实现司法公正的重要程序设计。按照以审判为中心的诉讼制度改革要求,对被告人刑事责任的认定应主要放在审判阶段,即"事实证据调查在法庭,定罪量刑辩护在法庭,裁判结果形成于法庭"。[④] 而为了查明案件事实,使案件获得公正的结果,就要赋予被告人实质的对质权并保障辩护权的落实。

1. 明确"不利证人"的应然范畴

在中国刑事诉讼中,证人主要是指对案件有亲身知识的人,也就是目击证人;被害人、共同被告人、进行犯罪现场调查的侦查人员都不属于中国证人的范畴。事实上,如果将被告人有权面对和质询的不利证人限于目击证人,那么对被告人对质权的保障就是不完整的。之所以要保障被告人面对和质询不利证人,是因为当被告人提出这一要求时他往往有相反的证据或主张去反驳那些于己不利的言词证据。因此,被告人应当有机会面对那些提供了有关定罪量刑的关键证言的人,这是其面临指控所应享有的基本人权。在中国诉讼制度中,为了保障被告人基本的质证权利,至少有三类主体应当纳入证人范畴:

(1)共同被告人。在英美法系国家,被告人在法庭上是作为证人的身份接受质询,这与中国将被告人供述与证人证言区别对待有显著差异,且主要体现在共同被告案件中对质权的保障。根据《刑事诉讼法解释》第 199 条的规定,在法庭上,对于共同犯罪案件中的被告人应当分别进行讯问;合议庭认为有必要可以传唤共同被告人同时到庭对质。这一规定虽然有关于对质的要求,但仅仅是作为法官查明事实的手段,而不是出于对被告人基本权利的保障。在法庭上对共同被告人分别讯问,当共同被告人作出不利于被告人的供述时,被告人可能不能到场,更不用说有对质的

① 王丹:《"情况说明"的证据越位——对 < 非法证据排除规定 > 第七条第三款的检讨》,《人大研究》2011 年第 6 期。

② 陈瑞华:《什么是真正的直接和言词原则》,《证据科学》2016 年第 3 期。

③ 陈瑞华:《什么是真正的直接和言词原则》,《证据科学》2016 年第 3 期。

④ 《最高人民法院关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第 11 条。

机会。因此,按照程序正义的基本要求,共同被告人应被纳入证人的范畴之中。

(2)提供不利证言的被告人的近亲属。在近亲属所提供的证言对被告人不利的情况下,应当允许被告人与近亲属进行对质,因为此时没有需要维护的家庭利益和亲属关系,但却有需要受到保护的被告人的对质权和辩护权。

(3)侦查人员及相关人员。侦查人员承包了追诉犯罪的几乎全部调查工作,其对于犯罪现场情况及证据收集过程具有亲身知识,如果不允许被告人就其调查结果进行当面对质,将构成对被告人基本诉讼权利的实质性侵犯。尤其在对非法证据的审查程序中,侦查人员及相关人员的证人身份应得到认可,检察机关和法官应督促其履行作为证人的义务。

2. 限制自由裁量权,破解证人出庭作证难题

诚然,要破解证人出庭作证难的问题,需要建设一种尊重程序正义价值的司法环境。司法实践的积习有其惯性,在程序正义的理念尚未普及之时,通过具有强制性的规则能逐步改善司法现状。庭审实质化要求法官以最能接近真相的方式对证据进行审查判断,证人出庭作证不仅能保障被告人基本的对质权利,实现程序公正,也能够使法官增加判断证据是否真实可采的信息。① 按照现有立法规则,法官在证人出庭作证与否的问题上有较大的自由裁量权,且通过前文的分析,法官倾向于避免证人出庭作证。因此,有必要对法官的自由裁量权加以限制。

一方面,在控辩双方认为证人、鉴定人有必要出庭而提出申请时,法庭应以同意出庭为原则;只有存在不宜出庭或出庭有重大困难时才拒绝证人、鉴定人的出庭申请。正如有学者所建议的,证人出庭作证的条件应规定为:"如果公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对定罪量刑有重大影响,或者人民法院认为证人有必要出庭作证的"。② 另一方面,应规定法官违反规则使用庭外证言笔录的制裁措施,即明确该情形可以成为辩方上诉的理由。此外,在控方对己方证人询问之后,辩方经审判长允许也可以要求询问控方证人,如果审判长没有同意辩方请求应当有救济途径。出于对证据进行质证的必要性和重要性,如果审判长拒绝辩方正当的询问请求,也应成为可以提起上诉的理由。

3. 促使侦查人员及相关人员出庭作证

英国有句著名的箴言:"警察是法庭的公仆。"③警察有义务应司法的要求、为法庭审判的顺利进行和保证司法公正提供服务,而作为证人出庭作证是其在法庭发挥作用、提供服务的一个最基本的要求。在法庭审理过程中,法官很难直接要求侦查人员出庭作证。一是按照司法体制中的职权性质及具体职权的划分,法官并没有指挥侦查人员的权力;二是由于公诉方已经代表了控诉一方,侦查人员并不出庭,由法庭要求其出庭作证也存在障碍。因此,在庭审中,法庭只能向公诉方提出对证据进行补正的要求。然而目前的司法环境已经有了改观,2003 年至 2013 年的十年维稳期间的结束,以及中组部对政法委书记与公安机关领导职位的剥离,都大大拓展了法院的政治空间,法院应"敢于"按照法律规定与正当程序的要求履行其审判职能。

关于侦查人员出庭作证的程序,有学者提出了如下建构:"在法院责令公诉方进行程序补正之后,案件可以暂时休庭,公诉方也可以申请延期审理。在此审理程序中止之后,出庭支持公诉的检察官责令侦查人员(即案件的办案人员)进行补正,或者给出合理的解释或说明。而在办案人员程序补正完成之后,公诉方申请恢复法庭审理程序,对有关瑕疵证据补正的情况进行审查。"④当然,法庭审查的方式应以言词化审查为原则。法庭经过审查后,对质疑部分已经"治愈"的证据可以作为定案依据;对仍未"治愈"或相关人员拒

① 主要包括:(1)具有科以伪证效果之保证或宣誓;(2)可由认定事实者直接观察其言谈举止;(3)可要求到庭证人就其认知事实之背景作更详细之说明(以判断证言可靠性);(4)因该证言而受不利认定之对方当事人对其进行交叉诘问。参见王兆鹏:《传闻法则理论与实践》,台湾元照出版社 2003 年版,第 46 页。

② 汪海燕:《论刑事庭审实质化》,《中国社会科学》2015 年第 12 期。

③ 刁荣华:《比较刑事证据法各论》,汉林出版社 1984 年版,第 131—132 页。转引自董超:《重要证人出庭作证制度——以死刑案件为视角》,载《全国法院第十八届学术讨论会参会论文》。

④ 陈瑞华:《论瑕疵证据补正规则》,《法学家》2012 年第 2 期。

绝出庭、不能积极配合使得证据无法查实的，法庭应将其排除。

（二）限制庭外证言笔录的证据效力

美国著名刑事诉讼法学家弗洛伊德·菲尼（Floyd Feeney）教授认为："在刑事诉讼中，第六修正案赋予被告人与不利于己的证人对质的权利，这一修正案的一个重要目的是赋予被告人一项权利，即交叉询问在作证中不利于被告人的证人。但是这一点从来都不是该修正案的唯一目的。该修正案的另一个重要目的是当被告人没有机会对作出陈述的人交叉询问时，要排除法庭外的陈述。"①

在中国现有的立法规定下，庭外证言笔录"天然可采"的情况仍没有得到有效控制。虽然有《刑事诉讼法》第59条对证人证言进行质证的规定，但第190条又规定："公诉人、辩护人应当向法庭出示物证，让当事人辨认，对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定意见、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见"。在这一规定之下，书面证言、鉴定意见、笔录即被赋予了证据能力，对证人、鉴定人的当庭质证要求就以"听取意见"的规定被合法地弱化甚至忽略了。同时，虽然《刑事诉讼法》及其相关解释规定了对取证合法性有疑问的可以要求侦查人员出庭作证，但现实中书面情况说明已成为具有普遍性的替代措施，而侦查人员不出庭不会受到任何制裁是一个主要原因。对程序法规范的实施方式的异化，不仅不利于查明程序的合法问题，也没有体现程序法的权威性、强制性和义务性，无法使违法者受到应有的程序性制裁，亟须进行纠正和规范。

在适用传闻证据规则的英美法系国家，证人出庭作证和接受质询是言词证据产生的方式，通过庭外取证行为所获得的证人言词陈述被称作"affidavit"、"statement"、"deposition"而非"testimony"、"evidence"。在中国刑事诉讼中，若要充分发挥庭审质证的功能，需要设立一种激励检察机关申请关键证人出庭作证的机制。而正如上文所分析的，检察机关具有避免证人出庭作证的倾向性和利益需求，因此，最有效的激励机制就是证据排除的程序性制裁。当证言对定罪量刑起关键作用，且控辩双方有异议，或者法官认为证人有必要出庭时，拒绝出庭的证人在庭外所提供的书面证言应被排除。等到配套制度得到完善，尤其是对"证人"的范畴作扩大解释，应设立传闻证据规则。共同被告人、证人、被害人、鉴定人、相关办案人员在庭外所做的陈述、笔录等书面证据材料，一般原则应认定为不具有证据能力而不得被法庭采纳；法律另有规定除外。在"案多人少"、程序分流机制尚待完善的司法现状下，法官倾向于选择采纳庭外证言笔录，且这一自由裁量权的行使不会受到专门审查。因此，在传闻证据规则的设立中，应限制法官自由裁量权的范围，以例举的方式对例外情形加以规定；而法官应当严格司法，认真贯彻对传闻证据的排除规则。

四、结　语

随着以审判为中心的诉讼制度改革的深入进行，需要触及公安机关、检察机关和法院之间的关系，以构建科学、合理的诉讼构造。庭审实质化、证据规则的完善和落实，尤其是庭审质证的有效进行，都需要公检法三机关之间的利益调整；在权力与权利之间的博弈和妥协中，必定有既得利益的折损。庭审质证并不仅仅是对被告人权利的保障，它更重要的意义在于以一种理性的方式去发现事实真相，这一真相未必是有利于被告人的，也可能与惩罚犯罪的目标相一致，但都有利于司法公正的实现和司法制度的良性运行。而在一个良好的司法环境中，程序正义的价值应得到推崇。毕竟，不经由一个公正的程序，是难以抵达一个公正的结果的。

（责任编辑：新中）

① ［美］弗洛伊德·菲尼：《美国刑事诉讼法的新发展》，胡铭译，载陈光中主编：《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》，中国政法大学出版社2004年版，第209页。